Sygn. akt KIO 103/26

WYROK

Warszawa, dnia 27 lutego 2026 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: M.J.

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2026 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2026 roku przez DEKPOL BUDOWNICTWO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚ siedzibą w Pinczynie w postępowaniu prowadzonym przez POLITECHNIKĘ WARSZAWSKĄ w Warszawie

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie zarzutów oznaczonych jako I. a, I. b, II. a oraz IV. w *petitum* odwołania.
2. Umarza postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie zarzutu oznaczonego jako III. w *petitum* odwołania
3. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego jako II. b w *petitum* odwołania i nakazuje POLITECHNICE WARSZAWSKIEJ w Warszawie zmianę treści § 19 ust. 1 pkt 1 ppkt 1 i 2 projektowanych postanowień umowy w taki sposób, aby w przypadku zwłoki w realizacji przedmiotu umowy względem terminu końcowego określonego w § 10 ust. 1 będącej konsekwencją zwłoki względem terminu zakończenia któregokolwiek z Kamieni Milowych została naliczona jedna kara umowna.
4. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
5. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża DEKPOL BUDOWNICTWO SPÓŁKA Z OGRANICZC ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Pinczynie w 2/3 oraz POLITECHNIKĘ WARSZAWSKĄ w Warszawie w 1/3 i:
   5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez DEKPOL BUDOWNICTWO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Pinczynie tytułem wpisu od odwołan wynagrodzenia pełnomocnika oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez POLITECHNIKĘ WARSZAWSKĄ w Warszawie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
   5.2. zasądza od POLITECHNIKI WARSZAWSKIEJ w Warszawie na rzecz DEKPOL BUDOWNICTWO SPÓŁK Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Pinczynie kwotę 5 467 zł 00 gr (pięć tysięcy cztery sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) stanowiącą 1/3 kosztów poniesionych przez DEKPOL BUDOWNICTWO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Pinczynie ty uiszczonego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 103/26

UZASADNIENIE:

Zamawiający POLITECHNIKA WARSZAWSKA w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa sali kinowo - widowiskowej oraz innych pomieszczeń służących działalności kulturalnej, zlokalizowanych w budynku „B" Domu Studenckiego „Riviera" Politechniki Warszawskiej, z zagospodarowaniem terenu (działka nr ew. 2 z obrębu 5-05-10 przy ul. Waryńskiego 12 w Warszawie)", wewnętrzny identyfikator: ZP.RB.DS.22.2025.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 grudnia 2025 r. pod numerem: 865703-2025.

W postępowaniu tym DEKPOL BUDOWNICTWO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚ siedzibą w Pinczynie (dalej: „Odwołujący") w dniu 8 stycznia 2026 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści dokumentów zamówienia.

<u>Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:</u>

I. W zakresie postanowień dotyczących waloryzacji - art. 439 ust. 1, 2 i 3 oraz art. 5 i 3531 KC w zw. z art. 8 KC przez wprowadzenie do PPU:

I.a) w § 23 ust. 4 i 5 PPU wskaźnika waloryzacji jako półrocznego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja "roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków", publikowane przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej „GUS"), dostępne w Dziedzinowej Bazie Wiedzy lub w Biuletynie Statystycznym;

I.b) § 23 ust. 11 i ust. 13 ustalenie wartości zmiany wskaźnika uprawniająca Strony do żądania waloryzacji Wynagrodzenia, na poziomie min. 3%;

I.c) w § 23 ust. 12 PPU limitu waloryzacji na poziomie 5% wartości brutto wynagrodzenia Wykonawcy w sposób wypaczający ratio legis art. 439 PZP, nieproporcjonalny, przerzucający na Wykonawcę

w sposób nieuzasadniony i nadmiarowy ryzyka związane z realizacją zamówienia i zmianami cen i kosztów realizacji zamówienia, a przy tym sformułowanie w PPU klauzuli waloryzacyjnej w sposób w rzeczywistości pozorny względem wymogów i celu regulacji art. 439 Pzp, prowadzący w istocie do próby obejścia przez Zamawiającego obowiązków w zakresie waloryzacji wynagrodzenia Wykonawcy, a w związku z tym sformułowanie postanowień w zakresie waloryzacji również w sposób wykraczający poza granice swobody kontraktowania, sprzeczny z zasadą równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, zasadami współżycia społecznego, a tym samym w sposób naruszający zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i proporcjonalności;

II. W zakresie kar umownych - art. 16 pkt 3 w zw. z art. 436 pkt 3 oraz art. 5 i 3531 KC w zw. z art. 8 PZP poprzez wprowadzenie do PPU:

II.a. w § 19 ust. 1 pkt 1 ppkt 1) i 2) PPU wysokości kary umownej za zwłokę w realizacji Przedmiotu Umowy względem terminu końcowego określonego w § 10 ust. 1 - w wysokości 1,00% (jednego procenta) kwoty Wynagrodzenia netto określonego w § 12 3 3 ust.1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, podczas gdy tak określona kara umowna będzie miała ogromną wartość bezwzględną za każdy dzień zwłoki;

II.b. w § 19 ust. 1 pkt 1 ppkt 1) i 2) PPU kary umownej za zwłokę w realizacji Przedmiotu Umowy względem określonego w § 10 ust. 2 terminu zakończenia któregokolwiek z Kamieni Milowych, co może doprowadzić podwójnego ukarania wykonawcy za to samo zdarzenie j. niezasadne naliczenie kar umownych pomimo dotrzymania terminu końcowego.

II.c. w § 19 ust. 8 PPU, iż łączna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 30% wynagrodzenia ryczałtowego brutto, co stanowi wartość rażąco wygórowaną, naruszającą zasadę proporcjonalności, prowadzącą do ograniczenia kręgu wykonawców mogących się ubiegać o zamówienie, a także świadczącą o nadużyciu przez Zamawiającego dominującej pozycji organizatora przetargu.

III. W zakresie wykazania związku pomiędzy wnioskowaną kwotą zmiany Wynagrodzenia a wpływem zmiany na koszty wykonania Przedmiotu Umowy – art. art. 436 pkt 4) lit. b) oraz art. 5 i 3531 KC w zw. z art. 8 KC przez wprowadzenie § 23 ust. 17 pkt 3) PPU wymagania przedstawienia listy obecności, co stanowi wymaganie niezasadne i nadmierne w stosunku do celu zapisów o zmianie wynagrodzenia umownego.

IV. W zakresie terminu składania ofert - art. 138 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 PZP poprzez ustanowienie zbyt krótkiego terminu składania ofert, podczas, gdy charakter zamówienia, poziom skomplikowania przygotowania ofert oraz okres, w którym ogłoszono Postępowanie uzasadniają zastosowanie dłuższego terminu, co narusza zasady przejrzystości i uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności. oraz innych przepisów PZP, wprost w tym miejscu nie wskazanych, ale powoływanych w uzasadnieniu odwołania lub z niego wynikających. **Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:**

1.zmiany § 23 ust. 4, 5, 11, 12, 13 PPU (w zakresie klauzuli waloryzacyjnej) przez nadanie im następującej treści: „4. Bez uszczerbku dla pozostałych postanowień tego §23, waloryzacja Wynagrodzenia będzie odbywać się w oparciu o zmiany półrocznego wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja "roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków", publikowane przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej „GUS"), dostępne w Dziedzinowej Bazie Wiedzy lub w Biuletynie Statystycznym, w układzie analogiczny okres roku poprzedniego = 100, dotyczącym kolejnych okresów półrocznych. W przypadku, gdyby właściwy wskazany wyżej wskaźnik przestał być dostępny, Strony uzgodnią inny, najbardziej zbliżony do niego wskaźnik publikowany przez GUS lub Eurostat.**Przez wskaźnik półroczny należy rozumieć średnią ze wskaźników miesięcznych następujących po sobie 6 miesięcy**".

Wskaźnik waloryzacji dla każdego kolejnego półrocza "Ww(p)" będzie równy wskaźnikowi określonemu zgodnie z ust. 1."

„11. Wartość jaką wyraża się zmiana właściwego wskaźnika, o którym mowa w ust. 4, uprawniająca Strony do żądania waloryzacji Wynagrodzenia, nie może być mniejsza niż ~~3~~**2**% (~~trzy~~**dwa** procent)."

„12. Maksymalna wysokość zmiany Wynagrodzenia netto, jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian w wysokości Wynagrodzenia Wykonawcy wynikających z dokonywania waloryzacji nie może przekroczyć wartości **1**5% (~~pięciu~~ **piętnastu** procent) kwoty określonej w § 12 ust. 1 w chwili zawarcia Umowy."

„13. W przypadku zmiany wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej uprawniającej do żądania zmiany Wynagrodzenia (co najmniej ~~3~~**2**%), Strona wnosząca o zmianę Umowy sporządzi odpowiedni projekt aneksu do Umowy uwzględniający waloryzację Wynagrodzenia dokonaną zgodnie z postanowieniami tego § 23 i przedłoży ten

projekt aneksu drugiej Stronie z dokumentami potwierdzającymi potrzebę jego zawarcia. Aneks ten powinien być zawarty przez Strony w terminie trzydziestu dni od daty przedłożenia jego projektu (wraz z wymaganymi dokumentami)."

2.zmiany treści w § 19 ust. 1 pkt 1 ppkt 1), 2) i pkt 8 PPU (w zakresie kar umownych) przez nadanie mu następującej treści:

„1. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań ciążących na nim na gruncie Umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne:

1) za zwłokę w realizacji Przedmiotu Umowy względem:

1. terminu końcowego określonego w § 10 ust. 1 - w wysokości ~~1,00~~ **0,25%** (**dwadzieścia pięć setnych** ~~jednego~~ procenta) kwoty Wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust.1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki; 2. określonego w § 10 ust.

2. terminu zakończenia któregokolwiek z Kamieni Milowych - w wysokości 0, ~~5~~ **01**% (**jedna setna** ~~pół~~ procenta) kwoty Wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust.1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki (licząc dla każdego z tych terminów odrębnie);"

3. W przypadku zbiegu podstaw naliczania kar umownych, Zamawiający anuluje kary za przekroczenie terminu zakończenia Kamienia Milowego/Kamieni Milowych i naliczy wyłącznie karę, o której mowa w pkt 1.

„8. Maksymalna łączna wysokość kar umownych, których może dochodzić Strona wynosi ~~3~~**2**0% (**trzydzieści** ~~dwadzieścia~~ procent) kwoty Wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust. 1."

3.wprowadzenie do Umowy w treści §19 dodatkowego ustępu 10 o następującej treści:

„10. Jeżeli Wykonawca dochowa terminu końcowego, określonego w §10 ust. 1, nie będą naliczane kary umowne za niedotrzymanie terminów zakończenia któregokolwiek z Kamieni Milowych."

4.zmiany treści § 23 ust. 17 pkt 3) PPU przez jego wykreślenie.

5.Zmianę pkt 5.1.12 Ogłoszenia oraz pkt 17.5 SWZ poprzez ustalenie terminu składania ofert co najmniej na dzień 26 lutego 2026 r. oraz zamianę pozostałych zapisów ogłoszenia i SWZ związanych z przedmiotowymi postanowieniami.

W złożonej pismem z dnia 17 lutego 2026 roku odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający odniósł się zarzutów podniesionych w odwołanych i wniósł o:

1.umorzenie postępowanie odwoławczego na podstawie przepisu art. 568 pkt. 2 PZP z uwagi na to, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne w zakresie zarzutów:

1.1. nr I.a) dotyczący § 23 ust. 4 i 5 PPU, który ustanawiał wskaźnik waloryzacji jako półroczny wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej, pozycja "roboty budowlane związane ze wznoszeniem budynków", publikowany przez Główny Urząd Statystyczny (zwany dalej „GUS"), dostępny w Dziedzinowej Bazie Wiedzy lub w Biuletynie Statystycznym – w związku ze zmianą PPU opublikowaną w dniu 10 lutego 2026 r.;

1.2. nr I.b), dotyczący § 23 ust. 11 i ust. 13 PPU, który ustanawiał wartość zmiany wskaźnika uprawniającą Strony do żądania waloryzacji Wynagrodzenia, na poziomie min. 3% – w związku ze zmianą PPU opublikowaną w dniu 10 lutego 2026 r.;

1.3. nr II.a), dotyczący § 19 ust. 1 pkt 1 ppkt 1) i 2) PPU, który stanowił, że wysokość kary umownej za zwłokę w realizacji Przedmiotu Umowy względem terminu końcowego określonego w § 10 ust. 1 wynosi 1,00% (jednego procenta) kwoty Wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki – w związku ze zmianą PPU opublikowaną w dniu 6 lutego 2026 r.;

1.4. nr II.b), dotyczący 19 ust. 1 pkt 1 ppkt 1) i 2) PPU, który ustanawiał kary umowne za zwłokę w realizacji Przedmiotu Umowy względem określonego w § 10 ust. 2 terminu zakończenia Kamieni Milowych – w związku ze zmianą PPU opublikowaną w dniu 06 lutego 2026 r.;

1.5. nr IV, dotyczący terminu składania ofert – Zamawiający przedłużył go do 26 lutego 2026 r.

- względnie, oddalenie odwołania, w przypadku podtrzymania ww. zarzutów przez Odwołującego.

2.Oddalenie odwołania jako bezzasadnego w zakresie:

2.1. zarzutu nr I.c), dotyczący § 23 ust. 12 PPU, który ustala limit waloryzacji na poziomie 5% wartości brutto wynagrodzenia Wykonawcy;

2.2. zarzutu nr II.c), dotyczący § 19 ust. 8 PPU, który ustala, że łączna wysokość naliczonych kar umownych nie może przekroczyć 30% wynagrodzenia ryczałtowego brutto;

2.3. zarzutu nr III, dotyczący § 23 ust. 17 pkt 3) PPU, który wprowadza wymaganie przedstawienia listy obecności.

W złożonej pismem z dnia 25 lutego 2026 roku replice na odpowiedź na odwołanie, Odwołujący poparł wniosek Zamawiającego o umorzenie postępowania w zakresie zarzutów I.a), I.b), II.a), IV. z uwagi na fakt, że stały się bezprzedmiotowe wobec zmian dokumentów zamówienia wprowadzonych przez Zamawiającego.

Odwołujący cofnął zarzut podniesiony w punkcie III.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron uwzględniając dokumentację

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożone przez Odwołującego oraz Zamawiającego na posiedzeniu z udziałem stron, tj.: wydruki ze strony GUS - wskaźniki cen produkcji budowlano-montażowej w styczniu br.; wskaźniki inflacji *na fakt:* dynamiki wzrostu cen w sektorze budownictwa.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa sali kinowo - widowiskowej oraz innych pomieszczeń służących działalności kulturalnej, zlokalizowanych w budynku „B" Domu Studenckiego „Riviera" Politechniki Warszawskiej, z zagospodarowaniem terenu.Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia opisany został w Tomie III i IV SWZ.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie nie był sporny, sporna była jedynie jego ocena prawna. Oś sporu koncentrowała się wokół treści:

1.§ 23 ust. 12 PPU (po zmianach wprowadzonych przez Zamawiającego jest to § 23 ust. 14 PPU) zgodnie z którym ustalony został limit waloryzacji na poziomie 5% wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy (zarzut I. c);

2.§ 19 ust. 1 pkt 1 ppkt 2 PPU dot. kary umownej za zwłokę w realizacji przedmiotu umowy względem określonego w § 10 ust. 2 terminu zakończenia któregokolwiek z Kamieni Milowych (zarzut II. b)

Zamawiający wprowadził następujące zmiany: obniżył wysokość kary umownej za zwłokę w realizacji Przedmiotu Umowy względem terminu końcowego określonego w § 10 ust. 1 z 1,00% do 0,25% kwoty Wynagrodzenia netto określonego w § 12 ust. 1 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

Zamawiający nadał nowe brzmienie § 19 ust. 1 pkt 1 ppkt 2 PPU:

2. któregokolwiek z określonych w § 10 ust. 2 terminów zakończenia Kamieni Milowych – w wysokości 0,1% (jedna dziesiąta procenta) kwoty wynagrodzenia netto przewidzianego za wykonanie danego Kamienia Milowego, w stosunku do którego Wykonawca pozostaje w zwłoce za każdy rozpoczęty dzień zwłoki (licząc dla każdego z tych terminów odrębnie);

- przy czym w przypadku zaistnienia podstawy do naliczenia kar na podstawie § 19 ust. 1 pkt. 1) ppkt. 2, a następnie zwiększenia tempa robót i dotrzymania terminu końcowego wykonania umowy, o którym mowa w § 10 ust. 1, kary umowne, o których mowa wyżej naliczane będą warunkowo i ewidencjonowane jedynie informacyjnie, bez ich księgowania ani potrącania w trakcie trwania umowy.

Powyższe kary umowne (suma kar umownych) zostaną naliczone przy odbiorze końcowym i potrącone z ostatniej faktur jeśli Wykonawca, nie zachowa terminu końcowego wskazanego w § 10 ust. 1. ***W przypadku zachowania terminu końcowego, o którym mowa w § 10 ust. 1 Zamawiający nie naliczy kar umownych wynikających z ust. 1 pkt 1) ppkt. 2 niniejszego paragrafu.***

3.§ 19 ust. 8 PPU zgodnie z którym ustalona została łączna wysokość naliczonych kar umownych w wysokości 30% wynagrodzenia ryczałtowego brutto (II. c).

Izba zważyła, co następuje:

<u>Umorzenie postępowania odwoławczego</u>

1.Zarzuty oznaczone jako: I. a, I. b, II. a oraz IV. w petitum odwołania

Izba uznała, że zachodzą podstawy do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp *Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku: stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne*.

Postępowanie odwoławcze stało się bezprzedmiotowe na skutek czynności podjętych przez Zamawiającego po złożeniu odwołania, tj. modyfikacji postanowień specyfikacji warunków zamówienia, zgodnie z żądaniem Odwołującego.

W ocenie Izby dokonana przez Zamawiającego czynność powoduje, że dalsze postępowanie stało się zbędne, przestał bowiem istnieć przedmiot zaskarżenia, a w konsekwencji orzekanie przez Izbę co do czynności lub zaniechań, które utraciły swój byt, jest bezprzedmiotowe.

2.Zarzut oznaczony jako: III. w petitum odwołania

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp *Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*.

Na skutek cofnięcia odwołania w zakresie ww. zarzutu wystąpiła przesłanka do umorzenia postępowania

odwoławczego, o której mowa w art. 520 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w części, tj.: w zakresie zarzutu oznaczonego jako II.b w *petitum* odwołania.

Zgodnie z wymaganiami art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, przepisy stanowiące podstawą prawną zapadłego rozstrzygnięcia: art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, art. 436 pkt 3 ustawy Pzp, art. 439 ust. 4 ustawy Pzp, art. 5 i 353^1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny. Izba za zbędne uznała przywoływanie treści przepisów z uwagi na to, że ich treść jest publicznie dostępna.

Zarzut II. b -§ 19 ust. 1 pkt 1 ppkt 2 PPU dot. kary umownej za zwłokę w realizacji przedmiotu umowy względem określonego w § 10 ust. 2 terminu zakończenia któregokolwiek z Kamieni Milowych

Izba w pełni podzieliła argumentację Odwołującego, że nie można karać wykonawcę dwa razy za to samo. Jeżeli Zamawiający naliczy karę umowną za zwłokę w terminie wykonania jakiekolwiek kamienia milowego, a zwłoka ta doprowadzi do zwłoki w terminie końcowym, to Zamawiający nie może zastosować dwóch kar za tę samą okoliczność.

Może zdarzyć się tak, że zwłoka w wykonaniu kamienia milowego w sposób znaczący wpłynie na termin zakończenia realizacji umowy i mimo chęci wykonawcy nie da się zrealizować umowy w terminie. W takiej sytuacji, biorąc pod uwagę aktualne brzmienie umowy, wykonawca zostanie ukarany dwa razy - za zwłokę w zakończeniu kamienia milowego oraz za zwłokę w wykonaniu umowy, na podstawie tych samych okoliczności. Zamawiający powinien przewidzieć taką sytuację i naliczyć jedną karę, albo za zwłokę w wykonaniu kamienia milowego, albo za zwłokę w terminie zakończenia umowy. Oczywiście wykonawca powinien zostać zobowiązany do wykazania, że biorąc pod uwagę zakres kamieni milowych nie ma możliwości wykonania umowy w terminie. Wszak przekroczenie terminu wykonania kamienia milowego nie musi doprowadzić do zwłoki w wykonaniu umowy, czy też do zwłoki w wykonaniu kolejnych kamieni.

Izba pozostawia Zamawiającemu swobodę w skonstruowaniu postanowienia, tym samym wniosek Odwołującego nie został uwzględniony. Zamawiający wcale nie musi anulować kary, ale musi ustalić którą karę będzie egzekwował. Prościej rzecz ujmując, Zamawiający obowiązany jest wprowadzić takie postanowienia w zakresie kar umownych, które nie będą prowadzić do wielokrotnego sankcjonowania tej samej zwłoki.

W pozostałym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, bowiem argumentacja Odwołującego nie wykazywała okoliczności, w obliczu których kwestionowane postanowienia uznać należałoby za naruszające obowiązujące przepisy.

Zarzut I. c - § 23 ust. 12 PPU (po zmianach wprowadzonych przez Zamawiającego § 23 ust. 14 PPU) dot. limitu waloryzacji na poziomie 5% wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy

Zgodnie z art. 353^1 Kodeksu cywilnego *strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego*.

Zgodnie z art. 5 ustawy Kodeks cywilny *nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego.*

Tytułem wstępu, uznaje się powszechnie, że podmiot, który korzysta z przysługującego mu prawa postępuje zgodnie z zasadami współżycia społecznego. Oczywistym jest, że kto podnosi zarzut nadużycia, musi udowodnić naruszenie zasad współżycia społecznego. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający korzystając ze swojego prawa do określenia istotnych warunków przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego i zastrzegając limit waloryzacji na poziomie 5% wartości brutto wynagrodzenia wykonawcy, uczynił to w sposób niezgodny z zasadami współżycia społecznego.

Argumentacja Odwołującego była bardzo ogólna i niepoparta dowodami. W ocenie Składu orzekającego powoływanie się na praktykę waloryzacyjną innych zamawiających działających na rynku branżowym, tj. Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie czy też Polskiej Sieci Elektroenergetyczne S.A., bez nawiązania do przedmiotu zamówienia, zakresu koniecznych robót, potrzebnych materiałów oraz czasu trwania umowy było niewystarczające do uwzględnienia odwołania w tym zakresie.

Odwołujący nie potrafił w sposób logiczny wytłumaczyć, dlaczego limit waloryzacji winien być ustanowiony na poziomie 15%. Zdaniem Izby żądanie zmiany limitu waloryzacji do poziomu 15% de facto nie zmierzało do wyeliminowania działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa, ale do nadania postanowieniom umowy treści żądanej przez Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp oraz Kodeksu cywilnego.

Zarzut II. c - *§ 19 ust. 8 PPU zgodnie z którym ustalona została łączna wysokość naliczonych kar umownych w*

wysokości 30% wynagrodzenia ryczałtowego brutto

Odwołujący nie wykazał istnienia szczególnych okoliczności, które mogłoby pozwolić na zakwalifikowanie czynności Zamawiającego jako nadużycie prawa, niezasługującego na aprobatę z punktu widzenia zasad współżycia społecznego.

W ramach wstępu, kara umowna to narzędzie, które ma zabezpieczać interesy zamawiającego, pełni funkcję stymulacyjną, dyscyplinującą wykonawcę do prawidłowego realizowania zamówienia publicznego. Kara umowna, aby spełniała swoją funkcję powinna być odczuwalna dla wykonawców.

Argumentacja Odwołującego była ogólna i lakoniczna. W uzasadnieniu zarzutu Odwołujący przytacza treść postanowień o karze umownej i stwierdza, że limit kar jest wartością rażąco wygórowaną, prowadząca do ograniczenia konkurencji, narusza zasadę proporcjonalności. Dalej Odwołujący podnosił, że nie może służyć wzbogaceniu się strony uprawnionej do ich naliczenia, i w zasadzie to tyle. Odwołujący nawet nie odniósł się do katalogu kar i ich wysokości.

Aby uwzględnić odwołanie we wskazanym zakresie i zmniejszyć wysokość kar umownych nie jest wystarczające stwierdzenie, że kara umowna jest wygórowana. Konieczne jest ustalenie, że wygórowanie to sięga stopnia „rażącego", jest niewspółmierne do celów i założeń, jakim ma służyć to szczególne zastrzeżenie umowne.

W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że wskazane w odwołaniu kary umowne są rażąco wygórowane i mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego.

Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji, wskazującej na konieczność obniżenia wysokości kar umownych o 10%.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3 oraz ust. 6 w zw. z § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 PLNuiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz po 3 600 PLN poniesioną przez Odwołującego i Zamawiającegotytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Z trzech zarzutów jeden okazał się zasadny. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący w części 2/3 i Zamawiający w części 1/3. Izba zasądziła od Zamawiającego na rzeczOdwołującego kwotę 5 467 PLN stanowiącą 1/3 sumy kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……